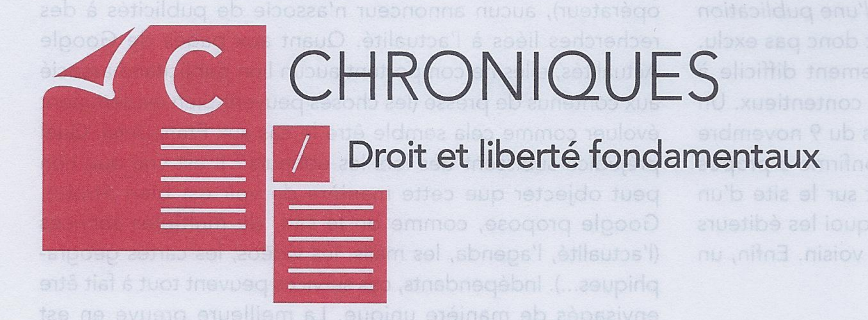
ÉTUDES ET COMMENTAIRES



Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge

par Marie-Anne Frison-Roche, *Professeur des Universités à Sciences Po (Paris), directeur de « The Journal of Regulation »*

L'essentiel > Le Conseil constitutionnel, par sa décision du 7 décembre 2012, *Sté Pyrénées*, a posé le principe d'évidence : nul ne peut être juge et partie, sauf à méconnaître le principe d'impartialité et la garantie même des droits. Or il suffit que celui qui juge soit doté du pouvoir de s'auto-saisir, ce qui le fait apparaître « comme » une partie, pour que la Constitution soit méconnue. Au-delà du cas des tribunaux de commerce, il faut déterminer ce qu'est « juger », englobant plus que les juridictions. En outre, le Conseil semble imposer le respect radical du non-cumul pour toute la matière pénale, n'admettant la justification par l'intérêt général et la séparation fonctionnelle que pour la matière civile.

Nous savons que depuis longtemps le Conseil constitutionnel rend des « Grandes décisions ». Nous subodorons que le Conseil constitutionnel est en train de devenir une Cour suprême. Mais, le plus souvent, les décisions les plus fortes, les plus « grandes », les plus fondamentales, sont celles qui affirment des évidences. Elles sont tautologiques. Leur énoncé va de soi. Pourtant, jusqu'alors, il peut n'avoir pas été encore formulé. Rabâchée par la doctrine, l'affirmation demeurait encore dans sa chrysalide.

Pourtant, enfin nous y voilà ! Par sa décision n° 2012-286 du 7 décembre 2012, rendue sur QPC, *Société Pyrénées services* [1], le Conseil constitutionnel vient d'affirmer que « nul ne peut être juge et partie ». Cela va de soi et toute la doctrine juridique processuelle, toute la doctrine au-delà du droit, l'affirmait, mais jusqu'ici le Conseil constitutionnel ne l'avait pas dit.

Or, comme toutes les tautologies, l'interdiction d'être juge et partie, une fois que cela est affirmé comme principe par le Conseil constitutionnel, a des conséquences pratiques extrêmement importantes, dont la déflagration va se ressentir bien au-delà de l'organe dont le Conseil examinait la situation, à savoir les tribunaux de commerce. Il convient donc d'expliciter le principe posé (I), puis, parce que celui-ci n'est pas posé en toute radicalité, essayer de mesurer dans quelles situations et à quelles conditions le non-cumul pour un organe du pouvoir d'agir et du pouvoir de juger est exclu (II).

(1) D. 2012. 2886, obs. A. Lienhard.

I - Le principe de l'interdiction des fonctions d'agir et des fonctions de juger

Il convient tout d'abord de raconter le cas par lequel le Conseil constitutionnel en est venu à affirmer ainsi qu'une juridiction ne peut pas en principe être titulaire de la « faculté d'introduire spontanément une instance » et du pouvoir de juger (A), avant d'expliciter les fondements de cette affirmation simple et fondamentale, à savoir l'interdiction d'être juge et partie (B).

A - L'affirmation par le Conseil constitutionnel de l'interdiction « en principe » du droit d'action et du pouvoir de juger

L'article L. 631-5 du code de commerce confère aux tribunaux de commerce le droit de se saisir d'office du cas d'une entreprise, dans la perspective d'ouvrir par auto-saisine une procédure de redressement judiciaire.

On observera, tout d'abord, que plusieurs activations du droit subjectif d'action peuvent mener à l'ouverture de la procédure, laquelle aboutira à un jugement, quelle que soit la teneur de celui-ci, soit l'action d'un créancier, soit l'action du débiteur (qui « dépose son bilan »), soit l'action du ministère public, soit l'action du tribunal lui-même.

On soulignera ainsi que l'auto-saisine n'est donc qu'une voie parmi d'autres. Plus encore, certains de ces droits d'action,

droits subjectifs processuels selon l'article 30 du code de procédure civile, servent des intérêts privés légitimes, celui du débiteur et celui des créanciers, tandis que certains servent l'intérêt général, celui du ministère public et celui que détient le tribunal de commerce lui-même.

Ainsi, si l'intérêt général est en jeu, par exemple celui d'une région en raison de la place qu'y occupe l'entreprise en cause, deux titulaires du droit d'action sont en place : le ministère public et le tribunal de commerce.

On observera, par ailleurs, que la nature juridictionnelle d'un tribunal de commerce qui exerce son pouvoir de décider au terme d'une procédure de redressement judiciaire ne fait pas débat. En tant qu'organisme, les tribunaux de commerce sont des juridictions et les jugements qui prononcent la liquidation judiciaire, la cession ou la continuation par un plan ont une nature juridictionnelle. A cette définition organique, selon laquelle les tribunaux de commerce sont des tribunaux, s'ajoute la définition fonctionnelle, selon laquelle les décisions précitées tranchent, ce qui correspond à la définition de l'acte de juger de l'article 12 du code de procédure civile.

On note enfin que, au sein des tribunaux de commerce, il n'existe aucune organisation interne qui tendrait à une séparation fonctionnelle, confiant d'une façon étanche à certains le soin d'exercer, le droit de se saisir et à d'autres le pouvoir de juger. C'est donc bien non seulement organiquement (le tribunal de commerce est en outre une seule personne morale), mais encore procéduralement, que les tribunaux de commerce se voient conférer par le code de commerce le droit de se saisir eux-mêmes et par la suite le pouvoir de juger sur le cas dont ils se sont eux-mêmes saisis, cumul qui existe dans le souci de défendre l'intérêt général précité.

La chambre commerciale de la Cour de cassation, par un arrêt du 16 octobre 2012, *Société Pyrénées services*, a joint plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité qui lui avaient été transmises [2], en ces termes : « la saisine d'office par le tribunal de commerce, en application de l'article L. 631-5 du code de commerce, est-elle conforme à la Constitution, alors même qu'en vertu des droits de la défense et du droit à un recours juridictionnel effectif, l'on ne saurait, à la fois, être juge et partie ? ».

Dans la mesure où l'article L. 631-5 du code de commerce est applicable aux litiges dans lesquels les parties ont soulevé l'hypothèse d'une inconstitutionnalité, que cette disposition légale n'avait pas fait l'objet d'une déclaration de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité et que la question n'est pas nouvelle, la transmission est concevable.

Or l'arrêt du 16 octobre 2012 pose que l'exercice même que le tribunal fait de la « faculté » de se saisir lui-même « engendre qu'il peut être perçu comme une partie ». Il reconnaît que cette faculté reconnue par la loi correspond « à la nécessité d'une surveillance des entreprises et d'un traitement rapide des procédures collectives ». Mais c'est pour dire immédiatement après que, le tribunal étant « perçu comme une partie », cela est « susceptible de constituer une atteinte aux principes d'impartialité et d'indépendance, en ce qu'il ne comporte pas, par lui-même, un mécanisme permettant d'assurer la pleine effectivité des droits du débiteur [3].

La QPC est donc transmise au Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 7 décembre 2012, le Conseil développe dans son considérant n° 4 un raisonnement qui n'a pas les mêmes prémisses. Il est en effet logique qu'il prenne appui sur la Constitution, ce que n'a pas à s'autoriser à faire la Cour de cassation, qui n'a pas à se substituer au Conseil dans le contrôle de constitutionnalité. La question transmise paraît déjà assez explicite quant au sentiment d'inconstitutionnalité qui semble animer la Cour de cassation, évoquant déjà le souci de la « pleine effectivité des droits du débiteur ».

Le Conseil s'appuie sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel, s'il n'y a pas de garantie des droits, « il n'y a point de Constitution », l'un des articles les plus puissants de la Constitution. On sait que, par sa jurisprudence, le Conseil a logiquement rattaché à cette nécessité constitutionnelle de « garantie des droits », dans laquelle la Constitution elle-même prend son sens, le fait que les tribunaux doivent être impartiaux [4].

Le Conseil en déduit alors qu' « en principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée ». Il pose ensuite que « si la Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité ».

Or le Conseil constate que, en l'état, la loi, tout à la fois, confère aux tribunaux cette « faculté d'introduire spontanément une instance » et que, si le redressement d'une entreprise répond à un motif d'intérêt général [5], en revanche, les conditions procédurales d'impartialité ne sont pas organisées par d'autres textes [6]. Dès lors, il déclare l'inconstitutionnalité du système légal d'auto-saisine des tribunaux de commerce en matière de redressement judiciaire.

(2) Nos 12-40.061 à 12-40.065, D. 2012. 2446, obs. A. Lienhard. (3) *Ibid.* (4) M.-A. Frison-Roche, Le droit à un tribunal impartial, *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, Libertés et droits fondamentaux, 18e éd., Dalloz, 2012, p. 557-570. (5) Sur ce motif d'intérêt général, V. *infra*. (6) Sur ces conditions procédurales, V. *infra*.

B - Le fondement : l'impartialité et la garantie des droits

La Cour de cassation n'a jamais beaucoup apprécié la théorie que Motulsky développa du droit processuel d'action [7]. Elle en est restée à la théorie traditionnelle selon laquelle l'action est un pouvoir, l'accès à la justice étant lui-même une liberté publique et un droit d'accès au service public régi par le principe constitutionnel d'égalité. Cela est perceptible dans la rédaction qui vise la notion de « faculté » et non pas de droit, le Conseil ayant la politesse de reprendre à son compte ce vocabulaire prudent et réactionnaire, plutôt que d'adopter trop ouvertement un vocabulaire évoquant l'idée d'un droit processuel autonome, dont seraient titulaires les personnes, se rattachant alors davantage à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et au « droit à un tribunal impartial ». On comprend aussi pourquoi le Conseil constitutionnel, soucieux de conserver son autonomie par rapport à l'ordre juridique européen, demeure dans le jardin clos des qualifications traditionnelles.

Ainsi, lorsque l'on ouvre une instance, l'on active une « faculté », c'est-à-dire en réalité un pouvoir qui a été conféré par la loi, l'idée de pouvoir [8] renvoyant ici au fait que la puissance vient d'un autre, en l'espèce le législateur qui rédigea le code de commerce. Les juridictions, aussi bien Cour de cassation que Conseil constitutionnel, renvoient d'autant plus à l'idée de pouvoir, plutôt qu'à l'idée d'un droit subjectif processuel autonome du droit subjectif substantiel, qu'il s'agit d'une ouverture d'instance déclenchée dans un intérêt qui est distinct de l'intérêt de celui qui exerce le pouvoir procédural : le tribunal ouvre l'instance pour un motif d'intérêt général. Il demeure que la notion de « faculté », c'est-à-dire de pouvoir, est bien en décalage par rapport à la notion de droit subjectif d'action qui est, elle, explicitement visée par l'article 30 du code de procédure civile, lequel a une portée générale.

Pourtant, la Cour de cassation fait preuve d'une grande innovation, en se référant implicitement à la théorie de l'apparence. En effet, elle affirme qu'en se comportant ainsi, en ouvrant elle-même l'instance en redressement judiciaire, la juridiction « apparaît comme une partie ». Ainsi, peu importe qu'elle soit une partie (parce qu'elle exercerait un droit) ou qu'elle ne soit pas une partie (parce qu'elle exercerait une fonction, un pouvoir, une faculté), dès l'instant qu'elle agit « comme » une partie, elle « apparaît » comme une partie. C'est donc l'apparence qui va jouer.

Or l'impartialité tient dans l'apparence. En effet, le justiciable, car enfin c'est pour lui que le service public de la justice est fait, se représente le fonctionnement de la justice selon ce qu'il voit du procès. Or il voit un même organisme, qui tout à la fois agit « comme » une partie et agit « comme » un juge, parce que, de fait (l'apparence est un fait), le tribunal agit comme une partie puis agit comme un juge.

Mais là, le bât blesse. En effet, le fait construit le droit, le débiteur voit cette justice qui agit en ouvrant une instance, ici un redressement judiciaire. Il ne peut qu'en déduire que celui qui a fait cela, le tribunal, a donc quelque chose à demander, parce qu'il saisit, qu'il ouvre une instance. S'il a quelque chose à demander, c'est que le tribunal a trouvé qu'il y avait « matière à juger ». C'est d'ailleurs justifié, puisque par ailleurs il faut agir rapidement et que l'intérêt général, économique et social, est en jeu. Mais le tribunal a donc, parce qu'il a agi, un préjugé, comme toute partie. Voilà la représentation que le justiciable se fait de l'histoire qui est en train de se dérouler, et de se dérouler à son propos.

Or, par la suite, c'est le même tribunal qui juge. Mais il a déjà jugé, puisqu'il a décidé d'ouvrir une instance, estimant donc qu'il y a matière à jugement. Donc, objectivement, il n'est pas impartial. Il est apparu comme partie et le voilà qui apparaît comme juge. Cela n'est pas possible. Sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 mars 1972, *Mlle Arbousset*, Guy Braibant affirma dans ses conclusions : « le principe d'impartialité n'est que l'application d'un principe général et très ancien selon lequel nul ne peut être juge et partie dans la même cause ». Le commissaire du gouvernement, qu'était alors Alain Seban, prit la même position dans l'affaire *Labor Métal* [9], par laquelle le Conseil d'Etat interdit à la Cour des comptes de contrôler d'abord et de poursuivre ensuite, car elle doit « apparaître » à celui qui la regarde comme étant impartiale [10].

La Cour européenne des droits de l'homme a elle-même posé que l'impartialité doit se donner à voir et que l'impartialité est ce par quoi le citoyen a confiance dans la justice : c'est en cela que l'impartialité est un des piliers de la démocratie [11].

Ainsi, le syllogisme est parfait. La Constitution doit garantir les droits, sinon il n'y a plus de Constitution (tautologie). Pour qu'il y ait garantie des droits, il faut qu'il y ait impartialité des juridictions (tautologie). L'impartialité se donne à voir au justiciable qui la regarde. Il voit un tribunal qui se comporte « comme » une partie, puis le même qui se comporte « comme » un juge. Or l'on ne se comporte comme une partie que si l'on a une idée sur le cas, ce qui est un préjugé. Mais un juge ne peut pas avoir un préjugé, car sinon il devient partial. Donc, le cumul de comportement de partie et de comportement de juge est (remontée dans le syllogisme) constitutif du fait d'être juge et partie, ce qui est contraire à la Constitution.

(7) H. Motulsky, Le droit subjectif et l'action en justice, *in* Archives Phil. droit, Le droit subjectif, Sirey, 1964, p. 215 s. (8) V., d'une façon plus large, E. Gaillard, Le pouvoir en droit privé, préf. G. Cornu, Economica, 1985, 250 p. (9) CE 23 févr. 2000, n° 195715, RFDA 2000. 435, concl. A. Seban ; RSC 2000. 852, obs. D. N. Commaret ; AJDA 2000. 404, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2000. 97. (10) A ce propos, P. Pan, L'apprentissage du droit à un procès équitable par les juges ordinaires français : le cas de l'obligation d'une apparente objectivité d'impartialité, LPA, 22 juin 2000. 12. (11) CEDH 31 mars 2005, *Matheus c/ France*, n° 62740/00, AJDA 2005. 1886, chron. J.-F. Flauss ; AJDI 2005. 928, obs. J. Raynaud.

Ainsi, à partir d'une notion pourtant bien trop traditionnelle, à savoir la notion de faculté d'ouvrir une instance et non pas de droit d'action, ce qui éloignait les magistrats de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dès l'instant que les magistrats s'appuient sur la représentation que le justiciable se fait de la justice, théorie pragmatique et factuelle de l'apparence en concordance avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'auto-saisine ne pouvait tenir dans son principe avec le pouvoir de celui qui juge.

Mais, précisément, le Conseil constitutionnel n'a posé la règle que dans son « principe », en exprimant immédiatement des nuances, qu'il convient d'examiner.

II - Les distinctions opérées dans la radicalité du « principe » du non-cumul

A - La distinction entre la matière pénale et la matière non pénale

Le Conseil constitutionnel développe en une phrase, dans son considérant n° 4, l'état de ce que doit être le droit d'une façon plus générale. En effet, puisque c'est la première fois qu'est affirmé le principe du non-cumul du comportement de partie et du comportement de juge, il convenait qu'il explicite immédiatement le périmètre de son intransigeance.

Il rassure tout d'abord, après ce grand coup de tonnerre, que cette règle est « en principe », c'est-à-dire qu'elle n'a pas de prise que dans la mesure où l'on ne se situe pas dans une exception. Cela signifie en logique que, chaque fois qu'il y aura une interprétation à faire, soit la situation relève de l'exception, auquel cas les griffes du principe seront levées, soit, notamment dans le silence de la loi (ce qui est fréquent), le principe reviendra prendre sa place, telle la mer autour de l'île.

Or il est remarquable que le Conseil constitutionnel pose qu'il est une situation qui ne supporte aucune exception au principe du non-cumul du comportement de partie et du comportement de juge : c'est la matière pénale.

En effet, le considérant n° 4 pose que « si la Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général, etc. ».

Cela signifie que les exceptions, par exemple le motif d'intérêt général, qui pourront justifier le cumul, ne peuvent jouer, une fois que leur existence est démontrée, que « lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition ». En revanche, si la procédure a cet objet, alors les exceptions ne valent pas et il est inutile de les évoquer et d'en rapporter la preuve. En effet, toutes les sanctions sont faites dans un motif d'intérêt général et la mention même de celui-ci devient incompréhensible.

L'enjeu majeur est dans l'interprétation de cette phrase. En effet, l'on pourrait considérer d'une façon minimale que les procédures de sanction visent toujours un intérêt général et que c'est par une sorte d'économie probatoire que le Conseil a mis cette hypothèse entre parenthèses car elle n'est pas concernée par l'exigence d'une telle preuve, ici posée pour une procédure de redressement qui elle n'est pas une procédure de sanction et pour laquelle une telle preuve d'un motif d'intérêt général doit donc être recherchée.

Mais cette interprétation minimale est faible. En effet, il existe des procédures de sanction, même en droit pénal (cœur de la matière pénale), qui visent des « délits d'intérêts privés », comme le délit d'abus de biens sociaux. C'est bien, à travers celui de la société, l'intérêt des associés qui est pénalement protégé, intérêt privé, mais le législateur considère que l'asymétrie d'information est si forte entre les représentants sociaux et les associés, eux-mêmes peu dotés de droits processuels civils, que le ministère public doit venir pour agir au pénal et défendre leurs intérêts. Dès lors, on comprend mal la dispense de preuve que pourrait signifier cette mise entre virgules de la matière pénale dans une simple perspective probatoire.

Tout au contraire, dans une perspective plus radicale, et comme le fait la Cour européenne des droits de l'homme, l'on pourrait considérer que le Conseil constitutionnel oppose la matière pénale, qui ne supporte aucune exception à l'interdiction du cumul du comportement d'action et du comportement de juge, et les matières non pénales qui peuvent le supporter s'il y a un motif d'intérêt général et des garanties procédurales d'impartialité.

En effet, la matière pénale est une notion forgée par la Cour européenne depuis des années, qui dépasse le droit pénal et vise toute « procédure de sanction ayant le caractère d'une punition d'une faute [12] », terminologie exactement reprise par le Conseil constitutionnel. Or l'on comprend pourquoi l'interdiction d'être juge et partie est justifiée radicalement ici, et non pas dans les matières non pénales. En effet, dans les matières pénales, le ministère public doit être présent et actif. C'est le ministère qui représente les intérêts de la collectivité, qui défend l'intérêt général, distinct de son intérêt particulier, qui exerce la « faculté d'ouvrir une instance », qui est une partie à l'instance alors qu'il n'est pas partie au litige. Ainsi, pourquoi le tribunal, alors qu'il jugera, devrait-il avoir cette « faculté », alors que le système juridique a établi le ministère public, composé de magistrats, qui a en charge d'exercer cette fonction de partie, et dont nul ne doute qu'il est véritablement une partie ? La tendance à organiser d'une façon contradictoire les procédures pénales le démontre suffisamment.

(12) CEDH 8 juin 1976, *Engel*, *in* V. Berger, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 12e éd., Sirey, 2011, n° 95, p. 296-300, et la jurisprudence citée.

En outre, la présence du ministère public auprès des tribunaux de commerce est justifiée et nul ne songe à écarter celui-ci. Dès lors, comme le montre la lecture de l'article L. 631-5 du code de commerce, il y a en quelque sorte « double emploi », puisque le droit d'action du ministère public et la faculté d'auto-saisine du tribunal ont exactement la même fin. Elle est justifiée, mais le droit d'auto-saisine l'est au prix d'une exception (donc d'un coup) portée au principe d'impartialité, alors que le droit d'action du ministère public, qui n'est que « près le » tribunal, ne porte pas atteinte à l'impartialité du tribunal. Ainsi, le modèle est bien la procédure pénale, dans laquelle le juge pénal ne peut pas s'auto-saisir et c'est le ministère public qui a le droit d'action, qu'il partage avec la victime, laquelle défend son intérêt privé.

Il est donc logique d'interpréter le texte du considérant n° 4, en ce qu'il met entre virgules l'hypothèse de la matière pénale, cette sorte de mise de côté devant être interprétée comme l'affirmation du Conseil d'une impossibilité pour tout organe qui juge en matière pénale de s'auto-saisir. Cela alignerait le principe général sur le cas, certes particulier mais exemplaire, du droit pénal qui proscrit au juge répressif de s'auto-saisir, même concernant les infractions les plus graves.

S'il en est ainsi, comme il y a de fortes raisons de l'affirmer, alors la clé est bien dans la distinction aujourd'hui majeure entre la matière pénale et la matière non pénale. Il faut alors prendre son scalpel pour découper d'une façon casuistique les différentes instances et qualifier à chaque fois que leur « objet » est bien une « sanction ayant le caractère d'une punition ». Ce n'est pas le cas pour un redressement judiciaire, ce qui conduisit le Conseil constitutionnel à passer au stade des exceptions pouvant légitimer le cumul du comportement de partie et du comportement de juge en la matière.

Mais si l'on reste tout d'abord dans le droit des procédures collectives, qu'en est-il de la procédure de liquidation judiciaire ? Depuis la réforme de 1985, il est acquis que les procédures collectives ne sont plus en elles-mêmes des procédures de sanction, mais elles comportent encore des dimensions punitives. Ainsi, la liquidation judiciaire est le constat de la situation désespérée d'une entreprise et non une sanction, les juges intervenant dans l'esprit d'une « magistrature économique » efficace et non pas punitive.

La décision du Conseil constitutionnel, s'inscrivant dans une politique jurisprudentielle, marque de sa montée en puissance comme Cour suprême, les tribunaux de commerce seront naturellement conduits par cette décision à travailler davantage avec le ministère public. Dans une période où la question de la réforme des tribunaux de commerce revient régulièrement, et dans des termes trop radicaux, car ils sont essentiels pour le bon fonctionnement de notre économie, cette décision juridictionnelle rappelle que le socle demeure la confiance que doit pouvoir leur faire le justiciable et le travail commun qui doit être fait avec le ministère public. Cela vaut largement un projet de réforme de plus.

Mais cette référence faite à la matière pénale ouvre une perspective supplémentaire, car, comme nous le savons, la matière pénale embrasse au-delà des juridictions. En effet, elle vise tout organisme qui « sanctionne sous forme de punition ». « Celui qui juge » peut être une juridiction, mais aussi tout organisme qui « sanctionne sous forme de punition », ce qui le transforme en « tribunal au sens européen », pour reprendre les termes de l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 1999, *Didier* [13]. C'est, par une telle référence, ouvrir implicitement la question des autorités de concurrence et de régulation. En effet, bien que, pour l'instant, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel lui-même, dans sa décision du 12 octobre 2012, *Canal +* [14], ont considéré qu'il suffisait que des garanties procédurales d'impartialité soient apportées (séparation fonctionnelle) pour que ces autorités fonctionnent, on peut se demander si cette décision du 7 décembre 2012 ne remet pas en cause par ses termes mêmes les analyses précédentes.

En effet, les autorités de régulation sanctionnent et punissent, par exemple, les comportements anticoncurrentiels, les abus de marchés, etc. La question de la conformité d'un tel pouvoir au regard de leur droit d'auto-saisine avait pu être posée [15]. Là non plus, il ne convient pas d'affirmer en bloc que toute activité contraignante de toute autorité tombe sous les fourches caudines de l'exigence constitutionnelle. La casuistique sera de rigueur.

Par exemple, la jurisprudence de la Cour de cassation qui affirme que l'Autorité de concurrence peut continuer à s'auto-saisir et à sanctionner par des amendes des comportements anticoncurrentiels paraît condamnée. De la même façon, les procédures de sanction, aussi bien de l'Autorité des marchés financiers (AMF) que de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP), même après la réforme provoquée par les jurisprudences aussi bien européennes que constitutionnelles, qui ont sanctionné la partialité objective de la Commission bancaire [16], sont très compromises. Enfin, pour reprendre la question des procédures de concentration, qui ne relèvent pas de la matière pénale, en revanche, l'Autorité de concurrence a affirmé, dans sa décision *Canal +*, qu'elle sanctionnait par la déconcentration ce qu'elle estimait être la désobéissance de l'entreprise par

(13) D. 2000. 62, obs. M. Boizard ; RFDA 2000. 584, concl. A. Seban ; AJDA 2000. 126, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RTD com. 2000. 405, obs. N. Rontchevsky. (14) N° 2012-280 QPC, AJDA 2012. 1928, obs. D. Poupeau ; D. 2012. 2382. (15) M.-A. Frison-Roche, QPC, autorité de concurrence, autorité de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles, LPA, 29 sept. 2011. 25. (16) CEDH 11 juin 2009, n° 5242/04, *Duhus c/ France*, D. 2009. 2247, note A. Couret ; AJDA 2009. 1936, chron. J.-F. Flauss ; AJ pénal 2009. 354, étude J. Lasserre Capdeville ; Cons. const. 2 déc. 2011, n° 2011-200 QPC, *Banque populaire Côte d'Azur*, AJDA 2012. 578, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser ; D. 2012. 1909, obs. H. Synvet ; Constitutions 2012. 337, obs. O. Le Bot.

rapport à ses engagements, ce qui correspond aux critères de qualification de la matière pénale.

Les spécialistes de chacune des matières vont se saisir du principe et de son mode d'emploi pour décliner les applications et leur interprétation en droit, branche par branche. L'essentiel serait de garder une cohérence à l'ensemble. On compte alors sur le souci de l'unité du droit, chère à Roland Drago, et qui anime le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, pour que les jurisprudences interprétatives et normatives ne soient pas divergentes.

B - Le motif d'intérêt général et la séparation fonctionnelle des organismes

Si le cas examiné relève de la matière non pénale, comme par exemple dans l'hypothèse d'un redressement judiciaire, alors le Conseil constitutionnel admet que celui qui juge puisse aussi déclencher l'ouverture de la procédure qui a vocation à mener vers le jugement.

Pour que cela soit admissible, il faut tout d'abord que le législateur, qui a mis en place un tel cumul, « en principe » contradictoire avec la garantie des droits que la Constitution doit au justiciable, l'ait fait pour un « motif d'intérêt général ». Dans le cas présent, ce motif existe, puisqu'il s'agit de sauver l'entreprise, premier objectif du droit des procédures collectives depuis la loi de 1985, et ce malgré un certain rééquilibrage avec les droits des créanciers, qui demeurent secondaires. Mais, au cas par cas, il faudrait mesurer si ce motif d'intérêt général existe.

On peut penser, puisque le Conseil prend soin de souligner qu'en l'espèce le législateur a visé la sauvegarde de l'entreprise mais également la nécessité d'agir le plus rapidement possible à cette fin, dès l'instant qu'aucune procédure de conciliation n'est par ailleurs en cours, que le contrôle de l'existence de ce motif d'intérêt général par le Conseil sera effectif. Cela se justifie, puisque nous sommes dans une exception au principe de l'interdiction du cumul de comportement de partie avec le pouvoir de juger.

Par ailleurs, il faut qu'existent des garanties procédurales de l'impartialité du tribunal. C'est là que les tribunaux de commerce ont chuté, sur la dernière ligne droite. En effet, le Conseil, sans s'expliquer davantage, a estimé que de telles garanties n'existaient pas et en a conclu à l'inconstitutionnalité de la disposition légale.

La question est alors de savoir ce que doivent être ces garanties procédurales de garanties de l'impartialité. Là aussi, on pourrait avoir une interprétation minimale et soutenir qu'il faut mais qu'il suffit que la juridiction ne montre pas sa partialité lorsqu'elle établit son acte d'auto-saisine. C'est dans ce sens qu'a statué le Conseil d'Etat dans son arrêt du 20 octobre 2000, *Habib Bank* [17]. Ainsi, dès l'instant que ne transparaît pas le fait que l'organisme a déjà pris parti, il pourrait s'auto-saisir.

Mais cette interprétation minimale n'est pas possible. En effet, dans le cas soumis, il n'y avait, ni dans la question transmise par les trois juridictions du fond et la Cour de cassation, ni dans le texte de la décision du Conseil constitutionnel, de référence au contenu de l'acte par lequel le tribunal s'auto-saisit. Ainsi, que cet acte ne prenne apparemment pas parti ne suffit pas à rendre le tribunal apparemment impartial.

Dès lors, la seule interprétation recevable est maximale : la seule garantie procédurale de l'impartialité est la séparation fonctionnelle à l'intérieur des juridictions ou de tout organisme qui prend des décisions en matière non pénale, c'est-à-dire qui tranche des contestations ou qui prend des décisions ayant un effet patrimonial sur les personnes (définition européenne de la matière civile).

*
* *

En conclusion, l'on mesure que les tribunaux de commerce vont donc devoir se réformer. Ils le feront en douceur. Ils le feront structurellement dans les procédures qui ne sont pas de sanction, en opérant une séparation fonctionnelle en leur sein entre la faculté d'ouvrir une instance et le pouvoir de juger, sauf à abandonner le droit d'action, de fait peu utilisé. Ils vont se rapprocher du ministère public, incité par cette décision à exercer davantage son droit légitime d'action, mouvement de comportement plus efficace qu'une réforme textuelle des tribunaux de commerce qui pourrait davantage détruire que construire.

Ensuite, les potentialités de la décision sont grandes en ce qui concerne tous les autres « qui jugent » et qui « sanctionnent sous forme de punition ». S'il ne s'agit que d'imposer une séparation fonctionnelle interne, la décision est déjà très importante, mais l'interprétation de la décision est alors faible. Si la décision est lue à la lettre, alors c'est un rappel à l'ordre pour toutes les procédures de sanction, même administratives, les autorités ayant désormais sous les yeux le modèle non plus de l'administration mais du procès pénal, qui fut toujours construit sur les deux jambes du juge et du procureur. En effet, contrairement à ce que l'on continue à dire, punir ce n'est pas administrer, c'est juger. Et juger avec une apparence de partialité, c'est supporter qu'il n'y ait point de Constitution.

Enfin, retenons cela : cette décision porte le grand D de toute Grande Décision, comme parfois l'on donne un grand D au Droit. Enfin, notre Cour suprême a dit l'évidence, mais cette évidence qui n'avait jamais été dite dans notre Etat de droit : « l'on ne peut être juge et partie ».

(17) N° 180122, JCP G 2001. II. 10459, concl. F. Lamy ; D. 2001. 2665, note A. Louvaris, 1072, obs. M. Sousse, et 2002. 634, obs. H. Synvet ; AJDA 2000. 1071, note P. Subra de Bieusses, et 1001, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RSC 2001. 598, obs. J. Riffault ; RTD com. 2001. 197, obs. M. Cabrillac.